PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY Nº19.886, DE BASES SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SUMINISTRO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS, RESPECTO A LAS GARANTÍAS DE FIEL Y OPORTUNO CUMPLIMIENTO EN LOS CONTRATOS DE TRATO DIRECTO.

I. FUNDAMENTOS

El artículo 1º de nuestra Constitución Política señala, en su inciso 4, que *"El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece."*[1]. En ese contexto, y para lograr dicho cometido, la Administración del Estado tiene una fuerte participación en el mercado mediante la celebración de contratos con distintas entidades para proveerse de los bienes y servicios necesarios para el desarrollo de sus funciones, las cuales, como es importante recordar, son siempre en beneficio de la comunidad.

Debido a lo anterior, la ley Nº 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, y el Decreto 250 del año 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el reglamento del citado cuerpo legal, contienen la regulación detallada de las compras públicas en nuestro país.

Si bien en aquellas normativas se contempla una extensa regulación sobre la materia, uno de los aspectos más importantes que impulsan el presente proyecto de ley es lo relativo a las garantías exigidas por la legislación para el aseguramiento de las obligaciones contractuales. En el marco de la ley de

---

[1] Artículo 1º, inciso 4, Constitución Política de la República de Chile. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302&idParte=

compras, las garantías contractuales se conciben como mecanismos para asegurar la seriedad de la oferta propuesta por la entidad interesada en contratar con el Estado, y también como mecanismos para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el adjudicatario dentro del tiempo estipulado y en la forma prevista por el contrato. En esa misma línea, la Directiva de Contratación Pública Nº41, del Ministerio de Hacienda, que establece "Recomendaciones para uso de garantías en procesos de compras", define a las garantías como *"instrumentos financieros a través de los cuales se garantiza el cumplimiento de obligaciones contraídas por el tomador del instrumento o un tercero a favor del beneficiario. Los instrumentos más conocidos que se encuentran disponibles en el mercado son la Boleta de Garantía Bancaria, el Vale Vista, la Póliza de Seguro, el Certificado de Fianza, entre otros."*[2].

Todo ello cobra especial relevancia al tener en consideración que en estas transacciones se ven involucrados recursos públicos, los cuales, como se señaló en un principio, son destinados a cubrir las necesidades de la comunidad toda en el marco del deber estatal de promover el bien común. Por lo mismo, es fundamental que existan mecanismos de tutela para garantizar el cumplimiento de los contratos del Estado y resguardar al organismo público en caso de incumplimientos o faltas por parte del proveedor.

En cuanto a la regulación concreta de las garantías, el artículo 11 de la ley de compras señala que, en los contratos celebrados por la Administración del Estado, la entidad licitante requerirá las garantías que estime necesarias de conformidad al reglamento, el cual, en consecuencia, contiene la regulación detallada sobre las garantías exigidas[3]. Ahora bien, la obligación de otorgar garantías en aquellas relaciones contractuales no es a todo

---

[2] Directiva de Contratación Pública Nº41, del Ministerio de Hacienda. Disponible en: https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2022/09/Directiva41-garantias.pdf

[3] Ley Nº 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=213004

evento, ya que el mismo reglamento contiene excepciones a esa regla. En efecto, el inciso final del artículo 68 de la referida normativa, establece que "*El otorgamiento de la garantía de fiel y oportuno cumplimiento del contrato será obligatorio en las contrataciones* ***que superen las 1.000 UTM****,* ***salvo en los casos previstos en inciso penúltimo del artículo 10 de este Reglamento****. Tratándose de contrataciones iguales e inferiores a las 1.000 UTM, la Entidad Licitante podrá fundadamente requerir la presentación de la garantía de fiel y oportuno cumplimiento, en virtud del riesgo involucrado en la contratación."*[4].

En concordancia con lo anterior, las excepciones mencionadas por el artículo 10 del reglamento, se encuentran contempladas para casos de licitación privada o trato o contratación directa. Así, la disposición establece en su inciso penúltimo que, en ciertos supuestos de licitación privada o trato directo, *"no será obligatorio el otorgamiento de la garantía de fiel y oportuno cumplimiento del contrato, aun cuando la contratación sea superior a 1.000 UTM, cuando las Entidades fundadamente consideren que se contemplan suficientes mecanismos para resguardar el cumplimiento contractual y cuando la contratación se refiera a aspectos claves y estratégicos que busquen satisfacer el interés público o la seguridad nacional"*[5]. Como se señaló, dicha excepción se aplica únicamente a los casos de licitación privada o contratación directa que indica la norma, los cuales son: que solo exista un proveedor del bien o servicio; que se trate de convenios de prestación de servicios con personas jurídicas extranjeras que deban ejecutarse fuera de Chile; y que las circunstancias o características del contrato hagan indispensable acudir a la contratación directa, de acuerdo a los criterios establecidos en la norma[6].

---

[4] Decreto 250 del año 2004, Ministerio de Hacienda, que aprueba el reglamento de la Ley Nº19.886. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=230608
[5] Decreto 250 del año 2004, Ministerio de Hacienda, que aprueba el reglamento de la Ley Nº19.886. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=230608
[6] Decreto 250 del año 2004, Ministerio de Hacienda, que aprueba el reglamento de la Ley Nº19.886. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=230608

Así, es posible resumir la regulación sobre la exigencia de las garantías de fiel y oportuno cumplimiento al adjudicatario en el contexto de las compras públicas, de la siguiente manera:

1. La regla general es que solo es obligatorio otorgar garantía de fiel y oportuno cumplimiento en aquellos contratos que superen las 1.000 UTM, por lo que en los supuestos donde el monto sea inferior a la suma indicada no es requisito para la adjudicación del contrato.
2. Hay excepciones a la regla anterior en materia de licitaciones privadas o trato o contratación directa, que se encuentran reguladas en el artículo 10 del reglamento de la ley de compras. En estos supuestos, aun cuando el contrato supere el monto de las 1.000 UTM, no es obligatorio para el adjudicatario otorgar garantía de fiel y oportuno cumplimiento.

Tomando en consideración los antecedentes anteriores, es sumamente criticable la regulación actual sobre las excepciones a la obligación de otorgar garantía de fiel y oportuno cumplimiento en aquellos supuestos de licitación privada o contratación directa con el Estado, ya que deja abierta la posibilidad de celebrar contratos de elevadas sumas de dinero sin que exista un mecanismo certero para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el adjudicatario, y así garantizar la responsabilidad del proveedor ante un incumplimiento o falta. Esto tiene como principal problema que, en caso de incumplimiento, se dificulta la recuperación de los fondos invertidos, lo cual debe ser corregido legislativamente para evitar casos de corrupción en el marco de la ley de compras públicas.

Finalmente, cabe hacer referencia al denominado “caso convenios”, el cual nos sirve de experiencia para adoptar medidas legislativas orientadas a prevenir, en lo sucesivo, este tipo de corrupción. Si bien, tal como precisó la

Contraloría General de la República[7], estos casos no se encuentran enmarcados en la ley de compras públicas, por tratarse de transferencias de capital a instituciones privadas sin fines de lucro reguladas por la ley de presupuesto, de igual forma en ellos no se exigió el otorgamiento de garantías de fiel y oportuno cumplimiento. Ahora bien, esta omisión ha significado la dificultad para recuperar los fondos invertidos en estos proyectos, tal como lo señaló el ministro de Justicia, don Luis Cordero, quien reconoció que fue un “error” no exigir dicha caución en los convenios con las fundaciones investigadas y que, por lo mismo, hoy están ante un "problema estructural" que dificulta la eventual devolución de dineros ante las conocidas irregularidades en las transferencias de aquellos recursos públicos[8].

Por lo anterior, es urgente adoptar medidas legislativas preventivas que no dejen espacio a este tipo de abusos por parte de las autoridades gubernamentales de turno, y una forma de avanzar en la materia consiste en modificar la ley de compras públicas de modo de establecer irrefutablemente la obligación de otorgar garantías de fiel y oportuno cumplimiento en todos los contratos con la Administración del Estado, independiente de la forma de adjudicación.

II. IDEA MATRIZ

El presente proyecto de ley tiene por objeto establecer a nivel legal la obligación de otorgar garantía de fiel y oportuno cumplimiento en las

---

[7] “Caso Convenios: Contralor acusó debilidad de diseño institucional en materia de transferencias”, disponible en: https://www.camara.cl/cms/noticias/2023/08/01/caso-convenios-contralor-acuso-debilidad-de-diseno-institucional-en-materia-de-transferencias/

[8] “Lío de platas: gobierno reconoce que no hay boletas de garantía en “buena parte” de los convenios suscritos entre ministerios y fundaciones”, La Tercera, 27 de julio de 2023. Disponible en: https://www.latercera.com/earlyaccess/noticia/lio-de-platas-gobierno-reconoce-que-no-hay-boletas-de-garantia-en-buena-parte-de-los-convenios-suscritos-entre-ministerios-y-fundaciones/S2HRDSAPONETJB3SXEY53Y55SA/

contrataciones con la Administración del Estado cuando superen un cierto monto, independiente de la forma de adjudicación del contrato, de manera de resguardar al Estado ante eventuales incumplimientos o faltas del proveedor. Con ello, se evitará que, mediante reglamentos, se establezcan excepciones a esa regla que permitan omitir el otorgamiento de garantías de fiel y oportuno cumplimiento de las obligaciones del contrato definitivo.

III. PROYECTO DE LEY

Artículo único.- Intercalase el siguiente inciso tercero, nuevo, en el artículo 11 de la Ley Nº 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios:

"***El otorgamiento de la garantía de fiel y oportuno cumplimiento del contrato será siempre obligatorio en las contrataciones que superen el monto determinado por el reglamento, salvo que la contratación sea para atender necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas, de agresión exterior, de conmoción interna, de grave daño o peligro para la seguridad nacional o del agotamiento de los recursos destinados a mantener servicios que no puedan paralizarse sin serio perjuicio para el país.”***

PAULA LABRA
BESSERER
Diputada de la República